

7. De Leidraad Duurzaamheidsafspraken in de praktijk

De eerste ervaringen met de Leidraad van de ACM

MR. C.L. WOLBERINK

Het mededingingsrecht wordt vaak als obstakel gezien voor samenwerking tussen ondernemingen om duurzaamheidsdoelen te bereiken. De concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken legt uit welke mogelijkheden er zijn voor samenwerking en nodigt ondernemingen uit hun voornemens voor samenwerking met de ACM te bespreken. In dit artikel wordt inzicht gegeven in de toepassing van de Leidraad Duurzaamheidsafspraken in concrete gevallen. Ook wordt ingegaan op de wijze waarop de ACM in de praktijk met verzoeken om een informeel oordeel omgaat. Met deze kennis kunnen ondernemingen de Leidraad beter toepassen op een voorgenomen duurzaamheidssamenwerking en kunnen zij zich beter voorbereiden op gesprekken met de ACM over de mogelijkheden voor duurzaamheidssamenwerking.

Inleiding

Duurzaamheid is in 2022 topprioriteit van de overheid. In het coalitieakkoord¹ worden de plannen genoemd die klimaatverandering moeten tegengaan en de aanpak van de stikstofcrisis. Verder kunnen we lezen dat het kabinet met een aangepast voorstel komt om voor duurzaamheidsinitiatieven een uitzondering op de mededingingswet mogelijk te maken voor (maatschappelijke) ondernemingen. Naast de rol die de overheid pakt om zelf verduurzaming te bevorderen, ongetwijfeld aangemoedigd door het Urgenda-arrest², worden in het regeerakkoord ondernemingen en burgers aangesproken op hun verantwoordelijkheid ten aanzien van een verdere verduurzaming van de samenleving. Zo wordt van supermarkten verwacht dat hun assortiment aantoonbaar duurzaam en diervriendelijk wordt, inclusief duurzaam inkoopgedrag en een eerlijke prijs voor boeren.

De komende tijd zal duidelijk worden hoe de specifieke passages uit het regeerakkoord worden ingevuld, maar het is al wel helder dat duurzaamheid niet alleen een zaak is van de overheid. Ook de rechter spreekt ondernemingen aan op hun verantwoordelijkheid om te verduurzamen.³ Een bijdrage aan verdere verduurzaming kan door ondernemingen worden geleverd in samenwerking met elkaar,

ketenpartners en de overheid. Juist in deze realiteit van vereiste verdere verduurzaming door ondernemingen is het van belang dat de ACM er alles aan doet om heldere spelregels voor duurzaamheidssamenwerking op te stellen en daarvoor maximale ruimte te bieden. De ACM beschouwt mededinging niet als een doel op zich, maar als een instrument dat het bereiken van maatschappelijke doelen bevordert.⁴ Vanuit die gedachte heeft de ACM in 2020 de concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken opgesteld, waarvan in januari 2021 een tweede concept (de Leidraad) gepubliceerd is.⁵

De ACM heeft inmiddels enige ervaring met de toepassing van de Leidraad. De vraag die gesteld kan worden, is of de Leidraad de gestelde doelen vervult. Deze vraag kan het best door anderen worden beantwoord, maar de ACM is in ieder geval niet ontevreden. In het navolgende zal ik allereerst een toelichting geven op de doelstellingen van de Leidraad. Dit wordt gevolgd door een overzicht op hoofdlijnen van concrete samenwerkingsinitiatieven die de ACM informeel heeft geanalyseerd op basis van de uitgangspunten in de Leidraad. De ACM heeft daarbij geen vastomlijnde procedure gevolgd, maar er zijn wel een aantal uitgangspunten gehanteerd. Deze worden aan het eind van het artikel besproken. Afgesloten wordt met een conclusie.

1 Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitzien naar de toekomst', 15-12-2021, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2022/01/10/coalitieakkoord-omzien-naar-elkaar-vooruitkijken-naar-de-toekomst>.

2 Hoge Raad 20 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

3 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

4 M. Snoep, 'ACM's klarenstoot voor duurzaamheid', *Markt & Mededinging*, 2020-4/5, p. 162-165.

5 ACM, Tweede concept van de Leidraad Duurzaamheidsafspraken, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken>. Deze versie is nog een concept en zal worden gefinaliseerd zodra er duidelijkheid is omtrent het beleid van de Europese Commissie.

Doeleinden Leidraad

De Leidraad vervangt het in 2014 gepubliceerde Visiedocument Mededinging en Duurzaamheid.⁶ Dit laatste document was opgesteld om een wijdverbreide maar misplaatste overtuiging dat samenwerking per definitie leidt tot een overtreding van de Mededingingswet weg te nemen. De ACM beoogde met dit document helderheid te bieden over de toepassing van art. 6 lid 1 en met name art. 6 lid 3 van de Mededingingswet (Mw) op duurzaamheidsafspraken, maar was behoudend. Er bleef een terughoudendheid bestaan bij ondernemingen om samen te werken om duurzaamheidsdoelen te bereiken. Met de Leidraad wil de ACM eens en vooral onnodige terughoudendheid wegnemen. De ACM heeft daarbij een aantal verdere stappen gezet.

Allereerst wil de ACM met de Leidraad de perceptie wegnemen dat het mededingingsrecht samenwerking tussen concurrenten in de weg staat om duurzaamheidsdoelen te bereiken. De ACM benadrukt de vele mogelijkheden voor bedrijven om samen te werken aan verduurzaming. In de Leidraad legt de ACM uit welke typen duurzaamheidsafspraken de concurrentie niet belemmeren en welke afspraken die wel een merkbare beperking van de mededinging opleveren, uitgezonderd kunnen worden van het kartelverbod.⁷ Daarbij heeft de ACM de grenzen van het mededingingsrecht opgezocht. Verder wijst de ACM op het wetsvoorstel Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven dat voor duurzaamheidsinitiatieven die niet vrijgesteld kunnen worden van het kartelverbod in de toekomst nog perspectief biedt.⁸

Ten tweede wil de ACM middels de Leidraad bij ondernemingen de angst wegnemen dat de ACM bedrijven beboet voor oprechte duurzaamheidsamenwerking. De ACM geeft aan open te staan voor een actieve dialoog met bedrijven over hoe individuele duurzaamheidsinitiatieven zich verhouden tot het mededingingsrecht. Ook verzekert de ACM bedrijven ervan dat initiatieven tot duurzaamheidsamenwerking die te goeder trouw en volgens de richtlijnen van de ACM zijn opgezet, niet worden beboet.

Verder dient de Leidraad om een debat op gang te brengen en te houden in de Europese Unie over de toepassing van het kartelverbod van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) op duurzaamheidsafspraken, in het bijzonder de uitzonderingsmogelijkheid van art. 101 lid 3 VWEU. Samenwerking met het oog

op het bereiken van duurzaamheidsdoelen heeft niet zelden een grensoverschrijdend effect. In die gevallen is ook het Europese mededingingsrecht op de afspraak van toepassing. Het is dus van belang dat ook de Europese Commissie (de Commissie) helderheid biedt over de toepassing van het mededingingsrecht op duurzaamheidsamenwerking.

De ACM heeft actief de discussie over de toepassing van het Europese mededingingsrecht op duurzaamheidsamenwerking in Brussel gevoerd. Zo heeft zij samen met de Griekse mededingingsautoriteit een werkgroep van Europese toezichthouders voorgezeten die advies heeft uitgebracht aan de Commissie over de toepassing van het mededingingsrecht op duurzaamheidsafspraken. Op 10 september 2021 heeft de Commissie een Policy Brief⁹ uitgebracht waarin zij heeft toegezegd ‘guidance’ te geven over duurzaamheidsafspraken. Inmiddels heeft de Commissie conceptrichtsnoeren voor horizontale overeenkomsten gepubliceerd waarin een hoofdstuk is opgenomen over duurzaamheidsafspraken.¹⁰ Hoewel de ACM meent dat de Commissie voor milieuschadeafspraken nog verder verruiming kan bieden, vindt zij dat de Commissie met deze richtsnoeren voor duurzaamheidsafspraken een grote stap heeft gezet.¹¹ Tot de inwerkingtreding van de richtsnoeren zal de ACM de Leidraad blijven hanteren als prioriteringsinstrument. Daarna zal de ACM de Leidraad zo nodig aanpassen. Overwogen wordt om afspraken die binnen de kaders van de Leidraad vallen maar waar de richtsnoeren niet op van toepassing zijn, te laten profiteren van het meer clemente prioriteringsbeleid van de ACM. Het voert te ver om daar in het bestek van dit artikel verder op in te gaan.

Inhoudelijke beoordeling duurzaamheidsinitiatieven

Algemene observaties toepassing Leidraad

De bereidheid die de ACM heeft getoond om informele gesprekken te voeren over mogelijke mededingingsrechtelijke risico's van duurzaamheidsinitiatieven heeft ertoe geleid dat meer bedrijven dan voorheen naar de ACM zijn gekomen om hun initiatieven met de ACM te bespreken (hoewel minder dan verwacht). Ik wil hier nog eens bena-

6 ACM, 'Visiedocument Mededinging en Duurzaamheid', <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12930/Visiedocument-mededinging-en-duurzaamheid>.

7 Zie voor een bespreking van de in de Leidraad genoemde mogelijkheden voor duurzaamheidsafspraken A.A. Koeman & N.S.J. Koeman, 'Leidraad duurzaamheidsafspraken: een stap in de goede richting?', *NtEr* 2022-1/2.

8 Het wetsvoorstel Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven is op 4 juli 2019 ingediend bij de Tweede Kamer (*Kamerstukken II*, 2018/19, 35247, nr. 2). De behandeling is in 2021 opgeschort, maar zal naar verwachting dit jaar worden hervat.

9 Europese Commissie, 'Competition Policy Brief 1/2021 – Competition Policy in support of Europe's Green Ambition', 10 september 2021, https://ec.europa.eu/competition-policy/index/news/competition-policy-brief-12021-policy-support-europes-green-ambition-2021-09-10_en. Zie daarover nader het artikel van L. Bremmer & Z. van den Bosch, 'De duurzaamheidsambities van de Commissie: groene woorden, grijze daden', *MP* 2022/6.

10 De Europese Commissie heeft in het kader van de herziening van de vrijstellingsverordening horizontale samenwerking die eind 2022 verloopt, nieuwe concept richtsnoeren horizontalen opgesteld waarin een paragraaf is opgenomen over duurzaamheidsamenwerking. Zie https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_en.

11 ACM, 'Public consultation on the draft revised Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines, Response from the Netherlands Authority for Consumers & Markets', 18 maart 2022, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/respons-acm-public-consultation-horizontal-block-exemptions-and-guidelines.pdf>.

drukken dat een informeel overleg met de ACM kansen biedt voor ondernemingen om de mededingingsrechtelijke risico's van een samenwerking goed in te schatten en met een gerust hart duurzaamheidsafspraken te maken.

De ACM heeft zich ruimhartig getoond in de toepassing van de Leidraad op samenwerkingsinitiatieven.

De ACM heeft met een ruimhartige blik de Leidraad Duurzaamheidsafspraken toegepast op samenwerkingsinitiatieven

De ACM vat het begrip 'duurzaamheidsafspraken' ruim op. Onder duurzaamheidsafspraken vallen niet alleen afspraken die betrekking hebben op het milieu en de natuur maar ook afspraken die de negatieve impact van productie en consumptie op mens en dier in brede zin aanpakken.¹² Zo heeft de ACM een initiatief in de voedselsector om een nieuw compliancesysteem in te voeren om te voldoen aan wettelijke verplichtingen met betrekking tot de veiligheid/kwaliteit van het product en het welzijn van dieren, langs de lijnen van de Leidraad beoordeeld. Ik kom daar in de volgende paragraaf nog op terug. Ook op initiatieven die zagen op gezondheidsaspecten van voedsel heeft de ACM de Leidraad toegepast, met als gevolg dat afspraken over het stimuleren van de verkoop van gezonder voedsel tussen overheid en de voedselsector tot stand konden komen.

De initiatieven die aan de ACM zijn voorgelegd, bevatten veelal geen duidelijke mededingingsrechtelijke risico's

Initiatieven voor duurzaamheidsafspraken leken vaak geen merkbaar nadelig effect te kunnen hebben op de concurrentie omdat de betrokkenen op de relevante markt geen relevante positie innamen of omdat relevante concurrentieparameters niet of nauwelijks werden beïnvloed. Voor ondernemingen die willen samenwerken op het gebied van duurzaamheid is het dus raadzaam om allereerst te bezien wat hun positie is op de markt waarop zij actief zijn en wat de invloed van hun voornemen kan zijn op relevante concurrentieparameters. Is deze positie of invloed gering, dan is de kans klein dat er een merkbaar effect van de afspraak uitgaat op de mededinging.

Bij de voorbereiding en bij de uitvoering van duurzaamheidsafspraken wordt vaak informatie uitgewisseld, al dan

niet via een derde/branchevereniging. Informatie-uitwisseling door samenwerkingspartners kan noodzakelijk zijn voor, bijvoorbeeld, de monitoring van duurzaamheidsafspraken en de uitwisseling van ervaringen. De ACM heeft daarbij wel opgemerkt dat informatie-uitwisseling mededingingsrechtelijke problemen kan opleveren wanneer uitgewisselde gegevens actuele, bedrijfsvertrouwelijke informatie betreffen en er onvoldoende waarborgen bestaan voor het beschermen van die gegevens. Daarnaast kan ook het anonimiseren van deze gegevens mededingingsrechtelijke problemen opleveren wanneer de markt uit slechts een beperkt aantal spelers bestaat. Belangrijk is dus waarborgen in te bouwen in de samenwerking die ervoor zorgen dat geen concurrentiegevoelige informatie bij concurrerende marktpartijen terechtkomt.

In een aantal gevallen ging er met een duurzaamheidsinitiatief wel een reëel risico op een merkbare mededingingsbeperking gepaard. In die gevallen heeft de ACM op basis van de verstrekte informatie beoordeeld of een uitzondering op het kartelverbod aannemelijk was. Een milieuschadeafpraak¹³ waarop art. 6 lid 3 Mw voor het eerst conform de richtlijnen in de Leidraad is toegepast, bleek in aanmerking te komen voor een uitzondering op het kartelverbod. Deze beoordeling is door de ACM gepubliceerd zodat ondernemingen kunnen zien hoe een analyse van een milieuschadeafpraak eruitziet. Ik ga daar later in dit artikel nader op in.

In het hiernavolgende geef ik een overzicht van de bevindingen van de ACM bij de informele beoordeling van een aantal duurzaamheidsinitiatieven. Vanwege de vertrouwelijkheid van veel gevoerde gesprekken kan ik de duurzaamheidsbeoordeling van de meeste duurzaamheidsinitiatieven slechts op hoofdlijnen bespreken.

Informele beoordeling duurzaamheidsinitiatieven onder art. 6 lid 1 Mw

De ACM heeft in een vroeg stadium van een voornemen tot samenwerking in de agrarische sector meegedacht over mogelijke mededingingsrechtelijke risico's en oplossingen. De betrokken initiatiefnemers wilden boeren stimuleren om het gebruik en de exploitatie van hun landbouwgrond zo te veranderen dat de biodiversiteit in het algemeen en de leefomgeving van weidevogels in het bijzonder zouden worden verbeterd en daarnaast de CO₂-uitstoot zou worden verminderd. De manier waarop dit gestimuleerd zou worden, stond nog niet vast. Er werden verschillende opties verkend. Centraal stond dat de kosten die gepaard zouden gaan met de noodzakelijke veranderingen, gefinancierd moesten worden. Een van de opties betrof een afspraak over (vrijwillige of verplichte) normen tussen producenten/afnemers op basis waarvan boeren extra premies voor hun duurzaamheidsprestaties zouden kunnen ontvangen. De

¹² De ACM verstaat onder duurzaamheidsafspraken afspraken tussen ondernemingen en besluiten van ondernemingsverenigingen die gericht zijn op het identificeren, voorkomen, beperken of herstellen van de negatieve impact van economische activiteiten op mensen (inclusief hun arbeidsomstandigheden), dieren, milieu of natuur. Zie randnummer 7 van de Leidraad.

¹³ De ACM definieert een 'milieuschadeafpraak' als een afspraak waaruit voordelen kunnen voortvloeien door het terugdringen van negatieve externe effecten (in de vorm van milieuschade) bij de productie of consumptie. Zie randnummer 36 van de Leidraad.

initiatiefnemers dachten ook na over de mogelijkheid om retailers in de samenwerking te betrekken en de verkoopprijs van producten te verhogen. Afspraken over inkoop-prijzen of verkoopprijzen beperken in beginsel de mededinging. Als daar tegenover duidelijke voordelen staan voor de biodiversiteit of het milieu, de afspraken noodzakelijk zijn om die voordelen te behalen, de voordelen ten goede komen van de consument en er restconcurrentie is, kunnen deze afspraken uitgezonderd zijn van het kartelverbod. De ACM heeft de initiatiefnemers uitgenodigd om een concreet voornemen ter toets aan de ACM voor te leggen, maar dat hebben zij tot nu toe nog niet gedaan.

Een ander initiatief in de agrarische sector dat de ACM onder de loep heeft genomen, betreft de zogenaamde KoeMonitor. De KoeMonitor is een initiatief van ZuivelNL, NVM, LTO en NZO waarmee melkveehouders en zuivelproducenten kunnen aantonen dat ze aan de wettelijke eisen op het gebied van diergezondheid, dierenwelzijn en voedselveiligheid van melk voldoen. De ACM heeft diverse aspecten van het systeem getoetst op mogelijke mededingingsrechtelijke risico's en daarover een persbericht uitgebracht.¹⁴ Dit zag onder andere op de vraag of zuivelondernemingen onderling hadden afgestemd de KoeMonitor jegens hun toeleveranciers verplicht te stellen en of dit tot een merkbaar effect op de mededinging kon leiden. De ACM heeft onvoldoende aanwijzingen gevonden voor een merkbare mededingingsbeperking. In het kader van de Leidraad was relevant de vraag of de KoeMonitor een bovenwettelijk systeem betreft. Is dat het geval, dan kan gesteld worden dat de KoeMonitor een duurzaamheidsdoel nastreeft. Uit publieke uitingen van toezichthouder COKZ kan afgeleid worden dat de KoeMonitor een geschikt systeem zou zijn om compliance aan Europese wet- en regelgeving te borgen. Het zou beter voldoen dan het bestaande systeem omdat het een aantal door de Europese Commissie gesignaleerde tekortkomingen repareert.¹⁵ De relevante regelgeving schrijft voor dat gewaarborgd moet worden dat melk veilig is, maar niet hoe dat moet. Met de KoeMonitor is een compliancesysteem ontwikkeld dat dit goed lijkt te doen. Niet is gebleken dat de KoeMonitor in dit opzicht verder gaat dan nodig op grond van de regelgeving. Daarmee waren er geen aanwijzingen dat dit systeem bovenwettelijk zou zijn. De ACM heeft dit echter niet verder onderzocht – nu zij geen duidelijke mededingingsrechtelijke risico's zag, was dit verder niet relevant.

De ACM had ook geen mededingingsrechtelijke bezwaren tegen een voornemen van concurrerende ondernemingen om af te spreken uitsluitend nog duurzame grondstoffen in te kopen, te weten grondstoffen die niet met grootschalige houtkap in de Amazone in verband konden worden

gebracht. Op basis van de verstrekte informatie was de inschatting van de ACM dat er geen substantieel risico was op een merkbare beperking van de concurrentie. De overeenkomst betrof een klein deel van de kosten van de inkooporganisaties en zou waarschijnlijk niet leiden tot een relevante verhoging van de verkoopprijzen.

Een initiatief in de energiesector dat door de ACM is bekeken, ging over het gezamenlijk inkopen van duurzame elektriciteit. Een vereniging voor bedrijven en instellingen die warmte, elektriciteit, gas en/of water gebruiken, wilde haar leden de mogelijkheid bieden om samen een contract te sluiten met de bouwers van een windmolenpark. Op die manier was hun elektriciteitsprijs voor groene energie voor een aantal jaren vastgelegd en stimuleerde de vereniging duurzame energie. Voor een ontwikkelaar van windparken betekenen langjarige leveringscontracten investeringszekerheid. Dit initiatief had betrekking op één windmolenpark. Daarnaast bleven er voor bedrijven en ontwikkelaars van windparken voldoende mogelijkheden over om ook elders duurzame energie te kopen en te verkopen. Daarmee viel deze samenwerking niet onder het verbod van art. 6 lid 1 Mw. De ACM heeft over dit initiatief een persbericht uitgebracht.¹⁶

Op verzoek van de SER heeft de ACM diverse initiatieven voor convenanten beoordeeld op mededingingsrechtelijke risico's, waaronder het Convenant Duurzame Kleding en Textiel en het Bankenconvenant.¹⁷ Recent heeft de ACM ook gekeken naar het ontwerp van het hernieuwbare energieconvenant, genaamd '*International Responsible Business Conduct Agreement for the Renewable Energy Sector Integrating sustainability and human rights in the energy transition*'. Dit convenant is nog in voorbereiding. Het beoogt misstanden zoals mensenrechtenschendingen, maar ook aantasting van natuur en verlies van biodiversiteit in de hernieuwbare energieketen aan te pakken en te voorkomen. Dit willen de convenantpartijen doen door middel van *due diligence* en nog nader te bepalen verdere acties.

Het convenant valt onder de vijfde categorie duurzaamheidsafspraken uit de Leidraad die niet in strijd worden geacht met art. 6 lid 1 Mw. Deze categorie omvat afspraken die er enkel toe strekken dat de betrokken ondernemingen, hun leveranciers en/of hun distributeurs nationale of internationale normen respecteren over bijvoorbeeld sociale grondrechten of de bescherming van natuurlijke hulpbronnen, die gelden bij het zakendoen in (ontwikkelings)landen buiten Europa. Voornoemd convenant bevat bepalingen die er voor moeten zorgen dat aan concrete en bindende

14 ACM, 'Brief: geen verder onderzoek naar KoeMonitor', 3 mei 2022, zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/Brief-geen-verder-onderzoek-naar-KoeMonitor>.

15 COKZ, 'Reactie COKZ op vragen ZuivelNL over KoeMonitor', 9 december 2020, zie: <https://www.zuivelnl.org/uploads/images/Publicaties/Brief-aan-ZuivelNL-4-12-2020-en-bijlage.pdf>.

16 ACM, *ACM positief over samenwerking bedrijven om duurzaamheid in energiesector te bevorderen*, 28 februari 2022, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-positief-over-samenwerking-bedrijven-om-duurzaamheid-energiesector-te-bevorderen>.

17 Het Convenant Duurzame Kleding en Textiel (CKT) liep tot en met 31 december 2021. Voor meer informatie zie <https://www.imvoconvenanten.nl/nl/kleding-en-textiel>. Het Bankenconvenant werd afgerond in december 2019. Voor meer informatie zie <https://www.imvoconvenanten.nl/nl/bancaire-sector>.

internationale duurzaamheidsnormen wordt voldaan waardoor het buiten het bereik van het kartelverbod valt. Mededingingsrechtelijke risico's zijn er potentieel wel bij de uitvoering, met name bij de zogenaamde 'increased collective leverage'-component. Dit betreft een intentie tot gezamenlijk optreden om de effectiviteit van het convenant te verhogen. De ACM ziet hierin een bepaling die potentieel kan leiden tot afspraken die de mededinging beperken. De SER is aangeraden om bij de uitvoering van het convenant er telkens op te letten dat in lijn met het mededingingsrecht wordt gehandeld. Om de risico's bij de uitvoering te verminderen, heeft de SER in de tekst herhaaldelijk verwezen naar de noodzaak om te handelen in overeenstemming met nationaal en Europees mededingingsrecht.

Informele beoordeling duurzaamheidsinitiatieven onder art. 6 lid 3 Mw

Sectorbrede afspraken over duurzame productie of inkoop kunnen eerder op mededingingsrechtelijke problemen stuiten. Denk bijvoorbeeld aan de afspraken over de Kip van Morgen¹⁸ waarin de sector afspraken wilde maken geen 'plofkippenvlees' meer te produceren en verkopen doch uitsluitend de duurzamere variant, de Kip van Morgen. Duurzaamheidsaspecten die aan een dergelijke samenwerking zijn verbonden, zoals verbeterd dierenwelzijn en vermindering van CO₂-uitstoot, kunnen dan aanleiding vormen om te bezien of een beroep kan worden gedaan op de uitzondering van art. 6 lid 3 Mw.

Een belangrijke vraag in deze context is in hoeverre afspraken die de mededinging kunnen beperken *noodzakelijk* zijn om de beoogde voordelen te behalen. Van een dergelijke noodzaak is bijvoorbeeld sprake in geval van een 'first mover disadvantage'. Bij deze voorwaarde wordt rekening gehouden met het feit dat een onderneming wegens stijgende productiekosten marktaandeel kan verliezen en de winst kan zien dalen wanneer een onderneming als eerste het initiatief neemt ten behoeve van het verbeteren van de duurzaamheid. De kans is reëel dat consumenten wegens een verhoging van de prijs zullen overstappen naar een niet-duurzame variant van de concurrent. Dit kan de onderneming de prikkel ontnemen duurzaamheidsinitiatieven te ontwikkelen. Het 'first mover disadvantage' kan daarom een legitieme reden zijn om tot samenwerking over te gaan. In het kader van het noodzakelijkheidsvereiste wordt vaak een beroep gedaan op het 'first mover disadvantage'. Ondernemingen moeten dit wel aannemelijk maken.

Daarnaast is van belang dat een *billijk aandeel* in de voordelen van de samenwerking de consumenten ten goede komt. Soms is evident dat dit het geval is. In andere gevallen kan dit worden vastgesteld middels een onderzoek naar de bereidheid van consumenten om te betalen voor duurzame

producten, het zogenaamde 'willingness to pay'-onderzoek. Deze gevallen hebben zich onder de Leidraad niet voorgedaan. Ook voordelen die bestaan uit de bescherming van onze leefomgeving en het voorkomen van een 'tragedy of the commons' kunnen toevallen aan consumenten. In dat kader heeft de ACM een toets onder art. 6 lid 3 Mw uitgevoerd op een CO₂-reducerende afspraak waarbij gebruik is gemaakt van schaduw prijzen om te toetsen of de voordelen van de afspraak de consument ten goede komen. Ik ga daar verderop in dit artikel op in.

Ten aanzien van de interpretatie van het 'billijk aandeel'-criterium is het startpunt van de ACM dat de relevante jurisprudentie geen verplichting bevat om de consument in alle gevallen volledig te compenseren voor de negatieve effecten van een overeenkomst. Ik verwijs voor een uitgebreide analyse van de relevante jurisprudentie naar de notitie die de ACM daarover heeft gepubliceerd.¹⁹ De Leidraad bevat twee redeneringen. Voor de meeste typen duurzaamheidsafspraken volgt de ACM de meer traditionele benadering van de Europese Commissie dat de consumenten volledig moeten worden gecompenseerd voor de negatieve effecten van de overeenkomst.²⁰ Voor milieuschadeovereenkomsten accepteert de ACM dat alle voordelen die aan de samenleving ten goede komen, zogenaamde 'out of market benefits', kunnen worden meegenomen. Wanneer consumenten meedelen in de voordelen en het totaal van die voordelen groter is dan de nadelen voor de consument, krijgt de consument een billijk aandeel.

Milieuschadeovereenkomsten dragen bij aan een efficiënt gebruik van natuurlijke schaarse hulpbronnen die vrij toegankelijk zijn, de zogenaamde 'commons'. Daarmee is deze groep overeenkomsten wezenlijk anders dan bijvoorbeeld overeenkomsten over dierenwelzijn of over sociale aspecten, zoals arbeidsomstandigheden. De milieuschadeovereenkomsten moeten dan wel op efficiënte wijze bijdragen aan een internationale of nationale norm ter voorkoming van milieuschade waaraan de overheid is gebonden. Daarmee is vastgesteld dat de overeenkomst de burger, en dus ook de consument, ten goede komt. Of een overeenkomst een efficiënte bijdrage levert aan een norm, kan worden gemeten door de prijs van de overeenkomst te vergelijken met de zogenaamde schaduw prijs. Dit is de prijs die de overheid zou betalen om milieuschade te voorkomen of te verminderen. Als de prijs van de overeenkomst lager is dan de schaduw prijs is sprake van een efficiënte bijdrage. De ACM accepteert daarbij dat de consument niet in alle gevallen volledig wordt gecompenseerd voor de prijsverhoging die de afspraak met zich brengt. De consumenten van de betreffende producten zijn in eerste instantie de veroorzakers van de milieuschade. Het is niet oneerlijk dat een deel

18 ACM, *Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken: De Kip van Morgen*, 26 januari 2015, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13758/Analyse-ACM-van-duurzaamheidsafspraken-Kip-van-Morgen>.

19 ACM, *What is a fair share for consumers in Article 101(3) TFEU?*, 27 september 2021, <https://www.acm.nl/en/publications/what-fair-share-consumers-article-1013-tfeu>.

20 Mededeling van de Europese Commissie 'Richtnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag', par. 85, *PbEU* 2004, C 101/08.

van de kosten daarom door hen gedragen wordt volgens het Europese rechtsbeginsel dat de vervuiler betaalt.²¹

De ACM heeft de gelegenheid gehad om de Leidraad toe te passen op een initiatief van regionale netbeheerders in de energiesector om de uitstoot van CO₂ te verminderen. De betrokken ondernemingen waren voornemens een fictieve CO₂-prijs te hanteren bij het nemen van beslissingen over investeringen en de aankoop van producten. De afspraak moest leiden tot investeringen in producten met minder CO₂-uitstoot. De ACM heeft een analyse uitgevoerd op grond van art. 6 lid 3 Mw omdat niet uitgesloten was dat de afspraak de mededinging op de markt merkbaar zou beperken.²² De hoofdvraag in deze analyse was of de consument een eerlijk deel van de baten ontvangt. In de publicatie van de analyse worden twee methoden geschetst om deze kosten-batenafweging te maken. De ACM laat daarmee zien dat de afspraak altijd aan het vereiste van een positieve kosten-batenanalyse voldoet als de berekende CO₂-verrekenprijs maximaal gelijk is aan de CO₂-schaduwprijs. In de praktijk is een dergelijke analyse niet noodzakelijk. Ik verwijs voor de analyse verder naar de publicatie hierover van de ACM.

De analyse van de beoogde samenwerking laat zien hoe de Leidraad helpt om de vraag te beantwoorden of een duurzaamheidsafpraak die de mededinging kan beperken, voldoet aan de uitzonderingscriteria van art. 6 lid 3 Mw. De aanpak van de ACM opent de weg voor andere bedrijven om vergelijkbare investeringen te doen in CO₂-reductie.

De aanpak van de ACM ten aanzien van milieuschadeovereenkomsten opent de weg voor bedrijven om investeringen te doen in CO₂-reductie

Nu voordelen voor de samenleving als geheel meegenomen mogen worden bij de berekening van de voordelen voor de consument is eerder voldaan aan het vereiste dat een billijk aandeel in de voordelen ten goede komt aan de consument. De ACM heeft ook een informeel oordeel afgegeven aan een brancheorganisatie over de risico's van een gezamenlijk voornemen van retailers om geen producten in te kopen van leveranciers die (verboden) bestrijdingsmiddelen gebruiken. Om dit voornemen te kunnen effectueren, wilden de retailers elkaar in kennis stellen van de namen van leveranciers die verboden bestrijdingsmiddelen gebruiken, de gebruikte middelen en het type producten waarop de middelen worden aangetroffen. De ACM oordeelde dat de voorgenomen afspraak in beginsel de mededinging op

de relevante markt kan beperken. De afspraak zou kunnen leiden tot een aanbodbeperking die negatieve gevolgen voor de verkoopprijzen heeft. Hoewel de daadwerkelijke effecten afhankelijk zijn van het aandeel van deze afspraak in de relevante markt, was een merkbaar effect niet uit te sluiten. Naar inschatting van de brancheorganisatie zou circa 70% van de retailers aansluiten bij de afspraak.

Uitgaand van een mogelijke mededingingsbeperking heeft de ACM beoordeeld of de afspraak onder art. 6 lid 3 Mw vrijgesteld zou kunnen zijn van het kartelverbod. Aannemelijk was dat de voorgenomen afspraak diverse duurzaamheidsvoordelen had (verbetering biodiversiteit, minder gebruik illegale bestrijdingsmiddelen) en in beginsel noodzakelijk was om het gebruik van zulke middelen tegen te gaan. De ACM had echter onvoldoende informatie om goed in te kunnen schatten in welke mate de voordelen van de afspraak terecht zouden komen bij de eindgebruikers en in welke mate er restconcurrentie zou zijn.

Hoe ziet een informeel beoordelingstraject bij de ACM eruit?

Waar moet een verzoek om een informeel oordeel van de ACM aan voldoen?

In randnummer 70 van de Leidraad nodigt de ACM ondernemingen die een duurzaamheidsafpraak willen maken en mededingingsrechtelijke risico's zien, uit om hun risicoanalyse informeel voor te leggen aan de ACM. Een verzoek om een informeel oordeel van de ACM dient allereerst een initiatief te betreffen dat binnen de reikwijdte van de Leidraad past. Het moet dus gaan om samenwerking met het oog op het bereiken van een duurzaamheidsdoel zoals omschreven in de Leidraad.²³ Daarbij geldt zoals gezegd dat de ACM duurzaamheid ruim opvat. Bij twijfel of sprake is van een duurzaamheidsdoel of onduidelijkheid over het uitvoeren van de risicoanalyse is het raadzaam om contact op te nemen met de ACM.

Verder dient het duurzaamheidsinitiatief voldoende concreet te zijn om er een voorlopig oordeel over te kunnen vormen. Voldoende concreet is het bijvoorbeeld niet als de betrokken ondernemingen nog niet weten op welke manier zij met elkaar willen samenwerken. Wel kunnen ondernemingen verschillende opties voor een duurzaamheidsafpraak met de ACM bespreken, mits die opties voldoende concreet zijn.

Ondernemingen dienen voordat zij de ACM benaderen eerst zelf na te gaan of hun voorgenomen afspraak de mededinging merkbaar beperkt en onder art. 6 lid 1 Mw valt en, als dat het geval is, voldoet aan art. 6 lid 3 Mw. Voor deze eigen beoordeling geldt de inhoudelijke beoorde-

21 Het is een van de centrale beginselen van het milieubeleid van de Europese Unie, naast principes als het voorzorgs- en het preventiebeginsel. Het beginsel houdt in dat degene die schade toebrengt aan het milieu de economische kosten daarvan moet dragen. Zie art. 192 lid 2 VWEU.

22 ACM, *Netbeheerders kunnen samenwerken om CO₂-uitstoot te verminderen*, 28 februari 2022, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/netbeheerders-kunnen-samenwerken-om-co2-uitstoot-te-verminderen>.

23 De ACM verstaat onder duurzaamheidsafspraken afspraken tussen ondernemingen en besluiten van ondernemingsverenigingen die gericht zijn op het identificeren, voorkomen, beperken of herstellen van de negatieve impact van economische activiteiten op mensen (inclusief hun arbeidsomstandigheden), dieren, milieu of natuur. Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken, randnummer 7.

lingslijn zoals uiteengezet in de Leidraad. De ACM houdt er daarbij rekening mee dat het voor kleine ondernemingen die vaak geen bedrijfsjurist in dienst hebben, moeilijker is om een gedegen analyse op te stellen. In die gevallen zal de ACM coulanter zijn en een actievere houding aannemen. Het verdient de voorkeur om de ACM in een vroegtijdig stadium van de ontwikkeling van het duurzaamheidsinitiatief te betrekken, in ieder geval voorafgaand aan de uitvoering daarvan.

De ACM verwacht in ieder geval een feitelijke uiteenzetting van de samenwerking, de daarmee beoogde doelen, de voor- en nadelen van de samenwerking en de geschatte impact van de afspraak op de relevante markt. Dit is belangrijk omdat de ACM zelf geen onderzoek doet en haar beoordeling van de risico's baseert op de door de ondernemingen aan de ACM verstrekte informatie. Hoe completer die informatie, hoe beter de ACM mee kan denken over de mededingingsrechtelijke haalbaarheid van het initiatief. In gevallen waarin geen eigen beoordeling werd aangeleverd of onvoldoende informatie over de samenwerking wordt verstrekt, heeft de ACM dan ook gevraagd om aanvullende informatie.

Wat houdt het informeel oordeel van de ACM in?

Indien een verzoek aan de hiervoor genoemde voorwaarden voldoet, zal de ACM een informele inschatting geven van de mededingingsrechtelijke risico's. De ACM wil ondernemingen op een efficiënte wijze duidelijkheid geven over de grootte van de risico's en de wijze waarop eventuele risico's weggenomen of verkleind kunnen worden. Indien nodig wordt op basis van de eigen beoordeling van de ondernemingen informeel beoordeeld of de afspraak op basis van art. 6 lid 3 Mw uitgezonderd kan zijn van het kartelverbod. De beoordeling is een voorlopig oordeel, gebaseerd op door de ondernemingen aangeleverde informatie en houdt geen goedkeuring in van de afspraak. Het staat de ACM in principe vrij om op een later moment onderzoek te doen naar een mogelijke overtreding van de Mededingingswet.

In de praktijk wordt de ACM veelal verzocht om een informele zienswijze met betrekking tot duurzaamheidsinitiatieven. Het informele oordeel van de ACM over duurzaamheidsafspraken is echter niet hetzelfde als een informele zienswijze. Voor de informele zienswijze is een Werkwijze informele zienswijzen opgesteld.²⁴ Dit traject is formeler en er gelden een aantal strikte voorwaarden die niet gelden voor de informele beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven. Zo wordt een informele zienswijze alleen gegeven indien sprake is van een nieuwe rechtsvraag en/of van grote economische belangen. Een ander belangrijk verschil is dat de ACM voor duurzaamheidsinitiatieven niet alleen een informele beoordeling van risico's geeft, maar ook kijkt waar de mogelijkheden liggen om de gewenste samenwer-

king (wel) binnen het mededingingsrechtelijke kader tot stand te kunnen brengen.

De procedure van het informeel oordeel

De ACM hanteert geen vastomlijnde procedure maar kijkt per geval hoe zij de ondernemingen kan helpen. Doelstelling bij dit traject is dat het informeel oordeel over een duurzaamheidsinitiatief in relatief korte tijd wordt gegeven. Afhankelijk van de kwaliteit van de eigen beoordeling, de compleetheid van de aangeleverde informatie en de vraag of een analyse onder art. 6 lid 3 Mw nodig is, kan het traject binnen een paar maanden zijn afgerond.

De ACM bestudeert de aangeleverde informatie en de eigen beoordeling van de ondernemingen. Wanneer informatie ontbreekt, zal extra informatie worden opgevraagd. Van de ondernemingen wordt verwacht dat ze de benodigde informatie binnen de door de ACM gestelde termijn aanleveren. Wanneer bepaalde informatie niet wordt of kan worden aangeleverd door ondernemingen wordt deze onzekerheid meegenomen in de risicoanalyse van de ACM.

In de meeste gevallen zijn een paar gesprekken met de ondernemingen voldoende voor de ACM om een informeel oordeel te kunnen vormen. In het eerste gesprek worden het verzoek en de eigen beoordeling door de ondernemingen toegelicht en zal de ACM vragen stellen om een duidelijk beeld te krijgen van de samenwerking en de effecten daarvan. Indien voldoende informatie is verstrekt, is het mogelijk dat direct in het eerste gesprek duidelijkheid wordt gegeven over eventuele mededingingsknelpunten en hoe daarmee om te gaan. In de meeste gevallen is nog aanvullende informatie nodig en wordt een tweede gesprek gepland. In de tussentijd bestudeert de ACM de opgevraagde informatie, vormt zich een voorlopig oordeel over de risico's en overweegt eventueel hoe de ondernemingen op alternatieve wijze hun doelen kunnen bereiken. Dit wordt dan in het tweede gesprek toegelicht. In gevallen waarin een analyse onder art. 6 lid 3 Mw nodig is, kan het proces langer duren en zijn meerdere informatie- en gespreksrondes nodig.

Het informele oordeel wordt, in tegenstelling tot de informele zienswijze, in principe mondeling gegeven. Op verzoek kan de informele beoordeling van de ACM in een e-mail of brief worden vastgelegd. In beginsel wil de ACM de informele beoordeling bekendmaken omdat dit voor de totstandkoming van toekomstige duurzaamheidsinitiatieven van belang kan zijn. Dit doet de ACM alleen in overleg met de betrokken ondernemingen. Daarbij wordt rekening gehouden met het vertrouwelijke karakter van sommige (bedrijfs)gegevens.

Welke zekerheid biedt het informeel oordeel van de ACM?

Indien de ACM van mening is dat de risico's op een merkbare mededingingsbeperking gering zijn of het waarschijnlijk is dat de afspraak in aanmerking komt voor een vrijstelling van het kartelverbod, kunnen ondernemingen hun duurzaamheidsinitiatief uitvoeren. De informele beoordeling houdt echter geen goedkeuring van de ACM in. Boven-

²⁴ *Staatscourant* 2019-11177, 'ACM Werkwijze informele zienswijzen', <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2019-11177.html>.

dien kan de ACM de rechter niet binden. Er blijft dus een risico dat de afspraak in strijd is met de Mededingingswet.

Hiertegenover staan diverse voordelen. De ACM zal allereerst niet uit eigen beweging een onderzoek starten naar een duurzaamheidsafpraak die vooraf met haar is besproken of indien de Leidraad te goeder trouw is gevolgd en de afspraak publiekelijk bekend is gemaakt.

De ACM start uit eigen beweging geen onderzoek naar een duurzaamheidsafpraak die vooraf met haar is besproken en legt in dergelijke gevallen bij overtredingen geen boete op

De ACM zal dus alleen onderzoek instellen als een klacht of signaal daartoe aanleiding vormt. Daar komt bij dat, mocht uit het onderzoek blijken dat er onverhoopt toch sprake is van een overtreding van de Mededingingswet, de ACM in dergelijke gevallen geen boete oplegt. Daartoe geldt wel als voorwaarde dat de betrokken ondernemingen voortvarend meewerken om mededingingsbeperkende aspecten van de duurzaamheidsafpraak te wijzigen.

Conclusie

Het Urgenda-arrest en de uitspraak van de rechtbank Den Haag inzake Milieudefensie/Shell maken duidelijk dat van zowel de overheid als van ondernemingen wordt verwacht dat zij bijdragen aan het bereiken van de klimaatdoelstellingen van Parijs. De overheid heeft in het regeerakkoord duidelijk gemaakt dat zij verdere verduurzaming belangrijk vindt en concrete maatregelen verwacht vanuit de samenleving. Ondernemingen hebben de wens om samen te werken om duurzame doelen te bereiken, vanuit efficiëntieoogpunt alsook vanuit het oogpunt van een 'first mover disadvantage'. Het mededingingsrecht wordt daarbij vaak gezien als een obstakel. Samenwerking zou ervoor zorgen dat

gezonde concurrentie wordt beperkt waardoor prijzen van producten voor de consument stijgen.

De ACM is er om markten te laten werken voor mensen en bedrijven, nu en in de toekomst. Concurrentie kan zorgen voor meer duurzaamheid, maar samenwerking kan nodig zijn om tot verdere verduurzaming van toekomstbestendige markten te komen. De ACM beoogt met de Leidraad onnodige terughoudendheid van ondernemingen voor duurzaamheidssamenwerking weg te nemen door uit te leggen in welke gevallen de mededinging niet merkbaar wordt beperkt en in welke gevallen duurzaamheidsvoordelen opwegen tegen de concurrentienadelen. Als maatschappelijk betrokken toezichthouder heeft de ACM daarbij geprobeerd zo veel mogelijk ruimte te bieden voor duurzaamheidssamenwerking door de grenzen van de wet op te zoeken. Ook heeft de ACM aangeboden ondernemingen te ondersteunen bij de beoordeling van concrete initiatieven.

De ACM heeft deze boodschap niet alleen uitgedragen, maar heeft ook de daad bij het woord gevoegd. Zij heeft duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen beoordeeld op mededingingsrechtelijke risico's. In alle gevallen vormde de Mededingingswet geen obstakel en konden de ondernemingen hun initiatieven uitvoeren. In dit artikel heb ik de ervaringen van de ACM besproken en laten zien hoe de ACM met verzoeken om een informele beoordeling omgaat. De ACM geeft ondernemingen daarmee een duwtje in de rug om waar nodig samen te werken om duurzaamheidsdoelen te realiseren. In geval van twijfel over de toepassing van de Mededingingswet op duurzaamheidsafspraken, kunnen zij bij de ACM terecht voor een informeel oordeel. Daarmee draagt ook de ACM haar steentje bij aan duurzaamheidsopgaven waarvoor de Nederlandse samenleving staat.

Over de auteur

Mr C.L. (Caroline) Wolberink

Werzaam bij de Autoriteit Consument & Markt, coördinator van het landbouwteam van de ACM, voormalig coördinator van het duurzaamheidsteam en medeauteur van de Leidraad Duurzaamheidsafspraken.